

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO | PÓLO DA FOZ

FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, EUROPEU E INTERNACIONAL

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
E O CRIME DE GENOCÍDIO NO DIREITO
INTERNACIONAL PENAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, EUROPEU E INTERNACIONAL

PEDRO MIGUEL DE CRUZ BARROS | PORTO, DEZEMBRO 2013

“Se isto é um Homem”

Título do clássico de Primo Levi

ÍNDICE

NOTAS INTRODUTÓRIAS

1. FONTES E PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL

1.1 O Costume como fonte de Direito Internacional Penal

1.2 O Costume como Princípio da Legalidade

2. O CRIME DE GENOCÍDIO

2.1 O conceito do Genocídio

2.2 A resolução das Nações Unidas sobre o Genocídio e a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948

2.3 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

2.4 Definição de *Grupo*, enquanto tal

2.5 *ACTUS REUS - O Elemento Material*

2.6 *MENS REA- O Elemento Psicológico*

3. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4. O CARÁCTER SUBSIDIÁRIO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

RESUMO CRÍTICO

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Esperamos abordar nesta dissertação um dos princípios conformadores do Direito Penal, não só numa óptica estadual mas também numa perspectiva internacional: o princípio da legalidade é de suma relevância para a justiça criminal, podendo desviar todo o edifício *jus-penal* dos seus objectivos, se erradamente aplicado, interpretado ou negligenciado.

Se é certo que esta questão, no direito estadual, não oferece a maior das dificuldades, também o é se afirmarmos que no Direito Internacional esta matéria é objecto de discussão e foi, de resto, *in practicum*, debatida e discutida. Lembremos, o que adiante aprofundaremos, que nos Julgamentos de Nuremberga, este foi um argumento amplamente dirimido. Se a esta realidade juntarmos a *dificuldade* técnica de compreender a origem das normas de Direito Internacional, muitas vezes não escritas, outras vezes escritas mas difusas e se considerarmos que, por enquanto uma das características quase *irresolúveis* deste ramo do Direito, que é a impossibilidade de criação de um organismo capaz de se sobrepor à soberania dos Estados, para legislar, fazer valer e aplicar o Direito Internacional, cremos que é desafiante pensar na questão do costume como fonte de Direito Internacional Penal e, deste modo, como incorporando ele mesmo um princípio de legalidade, nas suas várias vertentes.

Propomo-nos esclarecer se em Direito Internacional é possível antecipar um efeito-crime para uma conduta, não obstante inexistir qualquer *lex scripta*, nesse sentido.

Por outro lado, sendo certo que a Humanidade, pelas mais variadas razões, não permite obliterar a dimensão catastrófica de actos tendentes à eliminação física de um determinado agrupamento de indivíduos, cremos que o Crime de Genocídio merece a nossa melhor atenção.

O conceito é recente, e embora constitua uma prática antiga, as mais recentes gerações ainda sentem o impacto de acontecimentos como são o extermínio de judeus na Europa, a situação vivida na ex-Jugoslávia ou a incrível passividade com que a Humanidade assistiu aos relatos hediondos do Ruanda. Acontecimentos recentes demonstram, com clareza, que a actrocidade de actos desta natureza parece não estar banida da realidade internacional.

No ano de 2013, a Síria viveu momentos assustadoramente semelhantes com os anteriormente citados e a comunidade internacional parece ter ficado de sobressalto perante as notícias que surgiram.

Não nos evitaremos passar a fronteira dos temas relativos ao costume como fonte de Direito Internacional, a sua correlação com o princípio da legalidade no Direito Penal Internacional e o crime de genocídio, temas sobre os quais nos propomos incidir, muito embora essa *violação* seja, aqui e ali, necessária, por se tratarem de assuntos intimamente conexos com outras matérias e que, dentro dos possíveis, trataremos de respeitar e relacionar.

Trataremos de caracterizar o crime de genocídio, recorrendo aos requisitos que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabelece, às noções de “grupo”, bem como aos elementos materiais e subjectivos, que fazem do Crime de Genocídio um assunto de interessante estudo.

Abster-nos-emos de analisar criticamente os Tribunais Penais Internacionais para o Ruanda e para a Ex-Jugoslávia, sem nunca nos escusarmos a referir-nos aos mesmos, pela importância jurisprudencial e doutrinal que compõem e pelo contributo legislativo que ambos deram a este ramo do Direito.

Quanto à instituição do Tribunal Penal Internacional, afirmaremos a *qualidade* da sua competência. De que modo se manifesta, em que se traduz, como se relaciona com a jurisdição estadual e, se por ventura, o legislador internacional poderia ter optado por uma abordagem alternativa.

Da análise dos preceitos legais relativos À competência do Tribunal à utilidade da abordagem complementar e subsidiária, relativamente à ordem jurídica estadual competente para o julgamento de um caso.

1. FONTES E PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL

1.1 O COSTUME COMO FONTE DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Para compreendermos o estado actual do Direito, muito contribui a compreensão da sua evolução histórica, da sua formação e do seu desenvolvimento.

No Direito, as fontes normativas traduzem essa essência, pois são concomitantemente o momento catalisador do Direito e um importante instrumento interpretativo. Esta parece ser uma das riquezas do Direito, que nos permite acompanhar a evolução histórica e ideológica de uma sociedade, num determinado espaço, num certo tempo.

Pensemos, assim, na Revolução Francesa que contagiou a Europa e o Mundo Ocidental de uma sistema político que, à falta de melhor, parece perfeito, designado por democracia e caracterizado por um Estado de Direito Democrático. Da mesma facilmente é perceptível a razão de ser de preceitos constitucionalmente previstos, designadamente o princípio da separação de poderes, que moldaram a nossa sociedade contemporânea e, não obstante o passar dos séculos, continuam hoje muito sensíveis e incompatíveis com querelas¹ que são dos nossos dias.

Invariavelmente, o mesmo pode observar-se no fenómeno internacional normativo e, claro está, no Direito Internacional Penal.

Parece-nos dispensável proceder, por ora, a um estudo comparativo entre as fontes de Direito [Penal] Interno – no caso, o português – e as fontes de Direito Internacional Criminal, por quanto pretendemos, tão-somente abordar a temática da fonte costumeira neste último ramo.

Resulta da conjugação e relação de complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Penal, o que entendemos inequívoco, a afirmação

¹ E que se manifestam na relação do poder político com o poder judicial.

de que o costume internacional configura uma fonte de Direito Internacional Penal. Aliás, o costume, enquanto prática reiterada, de forma sistemática, com carácter de obrigatoriedade e aceitação generalizada, corresponde uma primeira fase de afirmação do Direito Internacional Penal^{2 3}.

De resto, da leitura crítica, dos artigos 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, confrontado com os artigos 21.º e seguintes do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴, outra interpretação não pode retirada. Acresce que os crimes internacionais terão todo um “*prévio reconhecimento consuetudinário*”⁵, como refere JORGE BACELAR GOUVEIA⁶, relativamente ao crime de genocídio. Cremos que isto sucede também por força de um Direito Internacional Humanitário.

Esta é uma concepção que não está isenta de críticas. No entanto, não defendemos, nem tal seria pensável, que o costume é em si uma única fonte. Bem pelo contrário, não é a única e, provavelmente, não seria isoladamente a que melhor alicerçaria as necessidades de segurança e certeza jurídicas, como são os mecanismos legislativos internacionais.^{7 8}

Consideramos que a abolição do costume internacional penal, não seria mais do que a negação do seu evidente contributo para a normação, positivação e

² Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmática-Crítica*, 2008, Almedina, p.105

³ Cfr. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, 2009, Almedina, p. 72 e 74.

⁴ Doravante, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional utilizará a sigla “ERTPI”.

⁵ Expressão retirada do Parecer Consultivo de 28 de Maio de 1951 do Tribunal Internacional de Justiça relativo às reservas apostas na Convenção para a Punição e Repressão do Crime de Genocídio.

⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmática-Crítica*, 2008, Almedina, p.270

⁷ Através, por exemplo, da celebração de Tratados Internacionais ou Compromissos Internacionais.

⁸ Aliás, além da normação legislativa positiva, da que é escrita, e do costume, há que valorar o importantíssimo papel da jurisprudência internacional, em matéria de Direito Internacional Penal. A este propósito, vide Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, 2009, Almedina, p. 73 e 76.

tipificação⁹. Situando-nos, assim, a par de ilustres autores e aplicadores de Direito Internacional Penal, como são Mahmoud Cherif Bassiouni¹⁰, Helmut Satzger¹¹ e Antonio Cassese¹².

Por outro lado, não podemos confundir o costume, com carácter de fonte normativa, com o costume, como princípio da legalidade, em sentido estrito. Esta é, também, uma discussão de enorme relevância e dificuldade, mas não podemos aceitar que a assunção do costume como fonte, acarrete o risco de ser facilitado o exercício ilimitado e abusivo do *ius puniendi*¹³.

No fundo, aquilo que caracteriza o Direito Internacional, no seu todo e que não mais é do que a conjugação de esforços, raciocínio, pensamento e jurisdição, com vista à prossecução de interesses globais, à tutela de bens jurídicos universalmente reconhecidos por parte dos Estados que compõem a sociedade internacional, vem de encontro à conveniência e necessidade de relevar o comportamento e entendimento reiterados, destes sujeitos¹⁴.

⁹ Pense-se na previsão expressa do costume, como fonte de direito ou de elementos constitutivos de crimes internacionais, como é o caso dos crimes de guerra – Art.º 8.º, n.º 2, alíneas b) e e) do ERTPI.

¹⁰ Mahmoud Cherif Bassiouni nascido no Cairo, Egipto, em 1937 foi o relator do Estatuto de Roma, assim como reconhecido pelo seu percurso peculiar no que diz respeito ao Direito Internacional Penal, ao Direito Penal Comparado e aos Direitos Humanos. Cherif Bassiouni colecciona já variadíssimas distinções, entre as quais, a Nomeação para o Nobel da Paz em 1999.

¹¹ Helmut Satzger nascido em 1966 e actual vice-reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Munique tem incidido o seu trabalho no Direito Penal Europeu e Internacional, bem como no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Além disso, tem-se mostrado activo no âmbito da política criminal, especialmente no contexto europeu.

¹² Antonio Cassese, jurista italiano especializado em Direito Internacional Público, foi o primeiro presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e, também, o primeiro presidente do Tribunal Especial para o Líbano, o qual presidiu até sua renúncia por motivos de saúde em 2011.

¹³ A este propósito, vide Ana Cristina Andrés Domínguez, *Derecho Penal Internacional*, apud Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmática-Crítica*, 2008, Almedina, p.200 e 201 - e que, de resto, se estende à negação da jurisprudência como fonte de Direito Internacional.

¹⁴ E bem assim encontramos em vários momentos do Direito Internacional Penal, o reconhecimento do costume como fonte deste ramo jurídico. A título meramente exemplificativo, veja-se a designada *Cláusula Martens*, do Preâmbulo da Convenção de Haia de 1907; o artigo 38.º do ETIJ, os já citados artigos 21.º, 22.º e 23.º do ERTPI; no artigo 5.º do TPIJ; no artigo 3.º do TPIR;

1.2 O COSTUME COMO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No Direito Internacional Penal

Tomando por melhor exemplo o ordenamento jurídico que nos é mais próximo, o Português¹⁵, importa compreender e, se possível, detectar, os princípios que regem o Direito Internacional Penal.

Por comparação que, à partida, pode ser feita entre o Direito Interno e o Direito Internacional, é desde logo observável a constatação de que ambos apresentam uma estrutura *simétrica*, quer processual quer teórica, sobre a qual será possível determinar e antecipar comportamentos e consequências, que distintamente um indivíduo / um Estado ou uma entidade não estadual possam, com segurança, contextualizar.

A tipificação do Código Penal Português assenta na História e percurso do país e da sociedade, do mesmo modo que a tipificação do Direito Internacional Penal assenta num trajecto mais ou menos percorrido pela maioria dos Estados, com vista aos mesmos objectivos, feito com maior ou menor coerência e assertividade.

Se no Direito Português, também ele influenciado por normas comunitárias e internacionais, o Direito Penal, a investigação, o inquérito, instrução, julgamento e condenação e execução de penas obedecem a uma estrutura lógica e assente em princípios fundamentais que enaltecem as qualidades do sistema judiciário e jurisdicional, tornando-o compreensível, justo e confiável, protegem a vítima e garantem a Justiça, preocupa-nos perceber se no Direito Internacional Penal se verificam as mesmas circunstâncias.

¹⁵ À semelhança do que sucede na totalidade dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Princípios como o da presunção da inocência, o princípio da legalidade ou o princípio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege ou nulla poena sine iudicio*, são identificáveis nas regras do Direito e do Processo Penais, em Portugal.

De que modo o Direito Internacional Penal poderá garantir a mesma estrutura, esta é a questão que se coloca. E, de que modo poderá garantir a certeza jurídica, a protecção da vítima (seja ela qual for, ou o que for, como veremos adiante, relativamente ao crime de genocídio), da sociedade internacional ou a justiça na condenação do(s) agente(s) que se vêem acusados da prática de crimes internacionais.

Se a verdade é que o ser humano, por intermédio da *consciência* do significado e consequência do seu agir consegue detectar o alcance do seu comportamento, se sabe intuir o que é lícito e o que é ilícito, saberá ser capaz de compreender o conteúdo da sua conduta, quando penal e internacionalmente o for considerado?

Se numa complexa estrutura e relação de poder, soberania, independência, governação e autonomia entre outros factores históricos e contemporâneos, qualquer individuo é capaz de entender e antecipar os efeitos jurídico-penais atinentes à acção ou omissão?

O instituto da Responsabilidade Penal Internacional é bem mais complexo do que a simples *equação conduta-efeito*. Muito embora o que une o indivíduo não são meras coincidências e semelhanças de génese biológica, há todo um universo jurídico, social e antropológico a considerar na determinação da Responsabilidade Penal Internacional¹⁶.

O indivíduo que cumpre ordens e imposições superiores, em respeito de uma hierarquia institucional, não planeou o acto. Não traçou estratégias nem financiou qualquer campanha, limitou-se a exercer o seu dever de obediência. Ou deveria recair sobre o mesmo um dever de insurgência perante tais ordens?

¹⁶ Por exemplo, o designado Direito Internacional Humanitário.

A distinção entre uma acção desvaliosa e uma acção puramente de boa-fé possui uma larga zona comum entre os vários povos, é certo. Com uma ou outra variação, todos os que são capazes, todos têm capacidade para compreender o conteúdo do seu comportamento, das suas ordens e direcções que lhes são impostas e, por conseguinte, das consequências directas e indirectas, isolada ou globalmente consideradas.

Mas tal distinção não é suficiente para a solução da questão que, abordaremos aquando da análise da questão do costume como fonte de direito internacional penal e como princípio da legalidade. Por enquanto, concentremo-nos nos Princípios que regem o Direito Internacional Penal.

Se os princípios gerais do Direito Internacional Público constituem, em si, fonte de Direito Internacional, eles constituem também um elemento ordenador e integrador das normas jurídicas internacionais, bem como um “*elemento axiológico devidamente contextualizado para o desenvolvimento e codificação das regras de Direito Internacional, sendo, por isso, logicamente anteriores àquelas regras*”¹⁷.

Assim, facilmente compreendemos a existência de um princípio da dignidade da pessoa humana, no Direito Internacional, como reconhecemos a existência do princípio da não-ingerência ou o princípio da responsabilidade por actos ilícitos.

Estes princípios, mas também outros, resultam tanto da aceitação como da prática reiterada, por parte da generalidade dos Estados. É bem verdade que todos estes princípios estão intimamente ligados ao conceito de Estado de Direito Democrático mas, não é menos verdade que a aceitação destes princípios assume, nos dias de hoje, um carácter global e generalizado.

¹⁷ Mateus Kowalski e Miguel Serpa Soares, *Enciclopédia de Direito Internacional*, 2011, p.377.

A matéria sobre a qual versaremos nesta secção está ligada, invariável e intimamente, à questão das fontes do Direito Internacional Penal.

Uma vez mais, no Ordenamento Jurídico Português, as regras de Direito Penal e Processual Penal estão tipificadas. Jamais é considerada como ilícito penal uma qualquer conduta que não esteja prevista no Código Penal, enquanto crime¹⁸. Não há crime sem lei¹⁹, nem pena sem lei – *nullum poena sine lege* – e ainda pena sem juízo, sem julgamento – *nullum poena sine judicio*.

Creemos que o Direito Internacional utilizará mecanismos que permitam estender o alcance das suas normas²⁰, ao acolher como fontes não apenas a *lex scripta* mas outros importantes corpos com força normativa, como são os princípios gerais de Direito e o Costume.

Discordamos de FRANCISCO ALMEIDA FERREIRA²¹ quando se refere a um “*sistema de aplicabilidade directa*” do Direito Internacional Penal, revelando que o princípio da legalidade aplica-se, *in casu*, e terá o alcance que vigorar no ordenamento jurídico interno do Estado julgador. Rejeitamos esta tese, já que o TPI tem competência própria, muito embora em sentido de complementaridade. Ainda, por razão de vigorarem, praticamente em todos os ordenamentos jurídicos, os mesmos princípios²², acrescento que tal perspectiva retiraria ao Direito Internacional Penal autonomia na sua determinação, regulamentação e aplicação. Por último, este autor reconhece, servindo-se do exposto por M. Cherif Bassiouni e do sucedido nos Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio, ser de recusar esta tese da aplicação indirecta.

¹⁸ vide Artigo 1.º do Código Penal Português.

¹⁹ No conceito do Princípio *nullum crimen sine lege*.

²⁰ Aquilo a que o Professor Dr. Mário Melo Rocha gostava de designar de *técnica legislativa de malha larga*, simbolizando a ideia de que quanto maior for a malha, mais susceptível era que as matérias se lhe façam passar.

²¹ Cfr. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, 2009, Almedina, p. 64 a 68

²² Que são reconhecidos pela maioria das nações civilizadas – Artigo 38.º do ETIJ.

A constatação do princípio da legalidade no Direito Internacional Penal não pode ser concretizada sem conjugação com as fontes de Direito Internacional Penal.

As fontes de Direito Internacional, pode dizer-se, traduzem-se no Direito vigente numa determinada comunidade histórica e temporal. A estrutura lógica impõe que, *ab initio*, constituam um conjunto de postulados axiológico-normativos²³. A circunstância factual e histórica da criação do Direito Internacional não é apenas um factor relevante na determinação, elaboração e tipificação de normas jurídicas internacionais, como também é fundamental à interpretação e aplicação das mesmas. Posteriormente, este mesmo conjunto ganha forma e corpo, pela necessidade que os criadores e destinatários daqueles postulados assumem em que se concretizem.

Mas, a fonte não se esgota nestes elementos. Ou melhor, a fonte e o Direito Internacional não se circunscrevem a apenas estes elementos sociais, políticos, ideológicos e económicos.

Como já vimos, e como se percebe da leitura do art.º 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, são fontes de Direito Internacional as Convenções Internacionais, gerais e especiais, o Costume Internacional, os Princípios Gerais De Direito – e aqui queremos salientar a expressão *reconhecidos pelas nações civilizadas* –, bem como a jurisprudência internacional.

Salientemos o costume e o uso internacional.

Qual será a relevância de uma prática reiterada, aos olhos da Comunidade Internacional, para o Ordenamento Jurídico Internacional?

De facto, o comportamento dos Estados tende a ser homogéneo, não apenas comparados entre si, mas individual e historicamente considerados.

²³ Mateus Kowalski e Miguel Serpa Soares, *Enciclopédia de Direito Internacional*, 2011, p.214.

Tempos de paz ²⁴ permitem o desenvolvimento das comunidades, dos povos, a melhoria das suas condições de vida e a preponderância, tradição e longevidade de cada um.

Não é objecto deste capítulo a consideração aprofundada das fontes de Direito Internacional Penal, mas tão somente a análise e observação de princípios-mecanismos que nos permitam antecipar as consequências de conduta e comportamentos internacionais e tomar posição relativamente à tipificação – e princípio da legalidade – no Direito Internacional Penal.

Embora reconheçamos a existência de princípios que reproduzem os princípios de Direito Natural, e concordemos com ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS²⁵ de que a tese de que os princípios gerais de Direito são apenas os princípios gerais de Direito Internacional comuns aos Estados Socialistas e não Socialistas deve ser rejeitada pelo próprio teor do artigo 38º nº1 c), tentaremos perceber, não quais são os «*princípios gerais de Direito reconhecidos pelas Nações Civilizadas*» mas se o Direito Internacional absorve princípios que os Direitos Internos edificaram e reconheceram²⁶ e, neste capítulo, com especial ênfase no princípio da legalidade.

Acreditamos que o Direito Internacional, construído por comunidades internacionais segundo interesses próprios mas também comuns, tem necessariamente que ser baseado numa estrutura jurídico-penal que confira segurança e confiança legítimas em si mesmo, assumindo-se como força de tal ordem que o seu respeito e cumprimento sejam uma realidade, não por conveniência, mas por convicção.

Nos Crimes contra a Humanidade e no Crime de Genocídio, como noutros tipos de crimes internacionais, julgamos necessária, à semelhança do que

²⁴ Ainda que de cada período de guerra resultem feridas e ferimentos históricos e que perduram no tempo.

²⁵ André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público* – 3.ª Edição, Almedina, 2005, p. 260

²⁶ Ou, quando e se tudo acontece no sentido inverso.

sucede nos ordenamentos jurídicos internos, a tipificação e previsão legal do ilícito, para que o mesmo possa assim ser caracterizado, competente e justamente julgado e processado. Não faria sentido algum existir um vazio legal em termos de preenchimento e caracterização de condutas e comportamentos, apenas se fixando no resultado da prática e na consequência, por exemplo, pela *mera* violação grosseira da Carta dos Direitos do Homem.

Cremos que, dessa forma, o Direito não iria tão longe quanto podia e devia. Desse modo, a Justiça não se apresentaria forte, determinada, segura de si e para os que nela confiam.

Para serem compreendidas e situadas, as acções e omissões que impliquem responsabilidade internacional criminal devem estar previstas, de forma clara.

Neste sentido, vemos correcta a afirmação de FRANCISCO ANTÓNIO DE M. L. FERREIRA DE ALMEIDA ao imputar considerável relevância, no Direito Penal Internacional, ao costume²⁷ e à qual acrescentamos a existência de um princípio da legalidade.

Efectivamente, um olhar pelos instrumentos internacionais de Direitos Humanos²⁸, permitirá identificar a presença do princípio da legalidade no Direito Internacional Penal, que terá, por ventura, a mesma designação que detém no direito interno e que visa, como referimos no parágrafo anterior, a segurança e certeza jurídicas, a proibição e prevenção de abusos por parte das entidades julgadoras e a prossecução de interesses ilegítimos no julgamento de condutas.

Acreditamos ser esta a razão do planeamento, elaboração e sistematização de instrumentos como a Convenção Para a Prevenção e Punição do

²⁷ Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional – *Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida – Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, 2009, pág. 74.*

²⁸ *Vide* Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Europeia dos Direitos do Homem + **acrescentar instrumentos de tipificação de CCH e Genocídio**

Crime de Genocídio de 1948²⁹ – que estabelece uma definição precisa de Genocídio e impõe aos Estados o reconhecimento das normas consuetudinárias sobre este crime como normas de aplicação *erga omnes* e parte do *ius cogens* - a estatuição dos arts.º 5.º e 6.º do Estatuto de Roma – que define a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e define, igualmente, o crime de Genocídio e Crimes Contra a Humanidade.

Para alguma doutrina³⁰, a manifestação do princípio da legalidade no Direito Internacional Penal acaba por ser mínima e restringir-se a um princípio de *nullum crimen sine jure*³¹, o que garante um mínimo de legalidade.

Não obstante, ao ser identificado o costume como fonte de Direito Internacional e ao reconhecer-lhe poder de edificação normativa, e um instrumento valioso para a interpretação e aplicação do direito, não seria arrojado afirmar que o princípio da legalidade no Direito Internacional Penal encontra-se na conjugação do costume e da tipificação normativa internacional o que, estamos em crer, aliando os nossos argumentos aos de *Stefan Glaser*, quando refere a especificidade técnica das obrigações internacionais, parece fazer sentido³² e não se traduz num princípio da legalidade como uma mera luz de presença.

Efectivamente, a História colocou já à prova a estrutura e o alcance deste *princípio da legalidade*. Se nos julgamentos de Nuremberga faz sentido falar deste princípio na sua modalidade de *nullum crimen sine jure*, o mesmo não poderá dizer-se quanto à modalidade de *nullum crimen sine lege*. Tomando consciência de que o princípio que aqui abordamos visa garantir a certeza e segurança daqueles que, tendo praticado actos dos quais derivam as mais diversas – e, podemos dizer, inadequadas consequências – fizeram-no convictos de que o mesmo era, à data,

²⁹ Aliás, era esta a preocupação do legislador, dos órgãos de estudo e preparação e dos impulsionadores da Convenção.

³⁰ QUALL !!!!!!!

³¹ Vide Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional – *Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida – Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, 2009, pág. 77.*

³² Ao concluir que as normas internacionais apresentam uma natureza mais vasta, vaga e imprecisa, bem como o conteúdo das práticas e violações internacionais – o que, reiteramos, obriga a que seja encarada o princípio da legalidade também ele, de modo mais amplo e abrangente.

legal, ou pelo menos não era ilegal, somos obrigados a concordar com as palavras de *Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida*, quando não é menos verdade que os actos praticados, de acordo com os seus efeitos e objectivos, não podem eximir-se à consciência da sua *desumanidade*³³.

Ora, é precisamente com base na relação entre o bom senso governativo e representativo, onde imperam os melhores interesses de cada nação e que os seus líderes se esforçam por garantir e efectivar, e o bom senso em abstracto, juridicamente relevante, representada pela prática de actos de boa-fé, quer na consideração individual do comportamento, quer na valoração exterior e abstracta do significado humano daqueles actos.

Assim, esta mesma teoria é corroborada por outros autores, com referência a diferentes momentos históricos e que marcaram a história contemporânea da humanidade^{34 35}. Se, ao tempo dos julgamentos de Nuremberga, o conceito de Genocídio inexistia, não é lícito encará-los como violação do princípio da legalidade, no momento da condenação dos acusados, provados que se deram os crimes que, invariavelmente, cometeram e infligiram na Humanidade.

Em conclusão reiteramos o que temos vindo a expor até aqui. O Direito Internacional Penal, à semelhança dos direitos internos, deve obedecer a um princípio de legalidade. Mas este, naquele primeiro, não pode ser entendido de forma restrita. A par de inúmeros outros institutos do Direito Internacional, o seu entendimento deve ser abrangente e lato, e deve poder ser conjugado com a experiência e o empirismo que o Direito nos permite ter, que a História nos ensinou e que nós designamos de sapiência. O mesmo não é dizer que vale qualquer julgamento, a todo o custo. Valem, isso sim, os princípios gerais do Direito Internacional, os princípios fundamentais que gerem as relações internacionais, os fins a que o Direito e a Sociedade Internacionais se propõem a atingir, em conjunto

³³ Vide Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional – *Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida* – *Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, 2009, pág. 80.*

³⁴ International Criminalizations of Internal Atrocities – Theodor Meron, *AJIL*, Vol. 89, n.º 3, p. 566.

³⁵ Bem como pela Jurisprudência Internacional, da qual destacamos o *Caso Goran Jelesic* – ponto 61.

e os instrumentos de tutela e protecção de Direito Humanitário e de Direito Internacional.

Esta matéria está ligada, invariável e intimamente, à questão matéria das fontes do Direito Internacional Penal.

Uma vez mais, no Ordenamento Jurídico Português, as regras de Direito Penal e Processual Penal estão tipificadas. Jamais é considerada como ilícito penal uma qualquer conduta que não esteja prevista no Código Penal, enquanto crime³⁶. Não há crime sem lei³⁷, nem pena sem lei – *nullum poena sine lege* – e ainda pena sem juízo, sem julgamento – *nullum poena sine judicio*.

Para FRANCISCO ALMEIDA FERREIRA, os princípios de que falamos têm um carácter eminentemente processual, sugerindo ainda uma tese de aplicabilidade indirecta do Direito Internacional Penal, que levam o auto a presumir que os princípios da legalidade aplicam-se, *in casu*, de acordo com as regras constantes do ordenamento jurídico estadual com competência jurisdicional.

Não podemos, pos, aceitar esta teoria pelos seguintes motivos: (1) porque o TPI tem uma competência própria, muito embora os Estados também a tenham, em sentido de complementaridade; (2) pela razão de vigorarem, praticamente uniformemente os mesmos princípios da legalidade nos Estados que fazem parte do TPI; (3) porque o ordenamento jurídico internacional é detentor, já, de mecanismos jurídicos e de jurisdição próprios e que, obviamente, se aplicam a todos os contratantes e partes do Estatuto de Roma, em nome da uniformidade das regras de Direito Internacional; e, por último, (4) o próprio autor reconhece, ao que chama de sistema de aplicação directa, e servindo-se do exposto por M. CHERIF BASSIOUNI, bem como do sucedido nos Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio.

³⁶ vide Artigo 1.º do Código Penal Português.

³⁷ No conceito do Princípio *nullum crimen sine lege*.

As fontes de Direito Internacional, pode dizer-se, traduzem-se no Direito vigente numa determinada comunidade histórica e temporal. A estrutura lógica impõe que, *ab initio*, constituam um conjunto de postulados axiológico-normativos³⁸. A circunstância factual e histórica da criação do Direito Internacional não é apenas um factor relevante na determinação, elaboração e tipificação de Normas Jurídicas Internacionais, como também é fundamental à interpretação e aplicação das mesmas. Posteriormente, conjunto a que aludimos, pela necessidade que os criadores e destinatários daqueles postulados, concretizam-se sob a forma de lei escrita.

Como já vimos, e como se percebe da leitura do art.º 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, são fontes de Direito Internacional as Convenções Internacionais, gerais e especiais, o Costume Internacional, os Princípios Gerais De Direito – e aqui queremos salientar a expressão *reconhecidos pelas nações civilizadas*³⁹ –, bem como a jurisprudência internacional.

Não é objecto deste capítulo a consideração aprofundada das fontes de Direito Internacional Penal, mas tão somente a análise e observação de princípios-mecanismos que nos permitam antecipar as consequências de conduta e comportamentos internacionais e tomar posição relativamente à tipificação – e princípio da legalidade – no Direito Internacional Penal.

Assim, optamos por concentrar-nos antes nos princípios gerais de Direito como fonte de Direito Internacional. Embora reconheçamos a existência de princípios que reproduzem os princípios de Direito Natural, e concordemos com ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS⁴⁰ de que a tese de que os princípios gerais de Direito são apenas os princípios gerais de Direito Internacional comuns aos Estados Socialistas e não Socialistas deve ser rejeitada pelo próprio teor do artigo 38º nº1 c).

³⁸ Cfr. Mateus Kowalski e Miguel Serpa Soares, *Enciclopédia de Direito Internacional*, 2011, p.214.

³⁹ Expressão utilizada no art.º 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

⁴⁰ Cfr. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público* – 3.ª Edição, Almedina, 2005, p. 260

2. O CRIME DE GENOCÍDIO

2.1 O CONCEITO DO GENOCÍDIO

A realidade é tão alarmante quanto esta: o conceito de genocídio, podemos dizê-lo, é relativamente recente, a sua prática não⁴¹.

O acto genocida não obedece a critérios geográficos, raciais, étnicos, religiosos ou políticos. Antes, não obedece a nenhum dos critérios mencionados, nem sequer a um período histórico específico. Como adiante iremos expor e apesar de não podermos, com propriedade, falar de genocídio, de acordo com o conceito tipificado dos nossos dias, a intenção e conteúdo do acto acompanha o Homem desde os mais longínquos tempos.

Preocupamo-nos, por enquanto, com a denominação empírica do conceito de genocídio, relacionando-o com factos e marcos históricos do passado da Humanidade.

Desde o começo dos tempos, desde que o Homem é Homem e um ser necessariamente comunitário, o ser humano tende a catalogar-se enquanto grupo. Esse catálogo fôra sempre construído tanto de dentro para fora das comunidades, como no sentido inverso⁴². A cultivacção de distâncias, ora pouco relevantes, ora insanáveis, leva a que cada comunidade formule uma indesejável, por vezes irracional e inconsciente, antipatia, para dizer o mínimo, entre eles. Quanto maior ou mais agravada for a diferença – ou o choque cultural, ideológico, religioso, político – maior será esse sentimento antipático.

Permitimo-nos citar a História e trazer à colacção alguns exemplos da prática de actos que, nos nossos dias, se inscrevem no conceito de genocídio.

⁴¹ A frase é nossa, mas a ideia surge do conhecimento das palavras de *Leo Kuper*, nos seus estudos sobre o genocídio em 1981: «*The word is new, the concept is ancient*» apud Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge, 2010

⁴² No mesmo sentido, vide Chalk and Jonassohn, *The History and Sociology of Genocide*, pág. 28.

Nas duas décadas entre 1810 e 1830, o império Zulu era liderado pela figura ditatorial de Shaka Zulu. Documenta-se que a ira genocida do império e exército Zulu tenha dizimado população que, nos dias de hoje, terá descendentes em inúmeros países africanos. Crê-se que a intenção destrutiva dos Zulu consistia na *incorporação* dos homens das comunidades destruídas, para inclusão no seu exército e na continuação do extermínio de mulheres, crianças e idosos⁴³. Ao fazê-lo, a tribo Zulu expande o seu exército e aniquila, por completo, as demais tribos, as suas vidas e o seu futuro.

São, por outro lado, sobejamente conhecidos os factos genocidas que a Humanidade observou, quer no decorrer da Segunda Guerra Mundial, com o extermínio de Judeus às mãos da Alemanha nazi, quer mais tarde, com o massacre levado a cabo por Hutus contra Tutsis e até Hutus moderados, no Ruanda, em 1994.

Ainda que se coloque em causa a realidade dos campos de concentração nazi e os esforços levados a cabo para produzir os efeitos pretendidos parece inquestionável que a existência de campos de concentração e a prática que neles se relata⁴⁴, bem como toda a política e acção do Estado Alemão nazi, liderado por Hitler e imposto por toda a Europa, de detenção e deportação de milhões de judeus ou *jew-related people*, torna estes actos tão horrendos quanto reais e tão reais quanto os que se testemunharam no Ruanda.

Fiquemo-nos com estes três exemplos de como o poder e a perversão se misturam com a História e o conceito que agora estudamos.

Para Winston Churchill⁴⁵ genocídio «era um crime sem nome», mas é possível afirmar que foi *Raphael Lemkin*⁴⁶, um jurista polaco e judeu que se viu

⁴³ Michael R. Mahoney, *The Zulu Kingdom as Genocidal and Post-genocidal Society, c. 1810 to the present*, *Journal of Genocide Research*, 5:2 (2003), pág. 263. apud Adam Jones, *Genocide – A Comprehensive Introduction*, 2010

⁴⁴ A este preceito e resumidamente, aconselhamos a leitura de obras de *Primo Levi* ou de *Jean Amery*, nomeadamente *Se isto é um Homem*, do primeiro e *Tentativas de Superação de uma Vítima de Violência*, do segundo e, claro, de Raphael Lemkin com *Axis Rule Over Occupied Europe*, 1944.

⁴⁵ O então primeiro-ministro britânico Winston Churchill declarou à rádio BBC, em Agosto de 1941 “*We are in the presence of a crime without a name*”.

envolvido na arte de sobreviver ao holocausto, quem deu origem ao termo Genocídio: do grego *genos*, que significa raça ou clã, combinado com o sufixo latino *cide* que refere o conceito de matar, formou-se e tipificou-se o Crime de Genocídio, internacionalmente punido nos termos que adiante estudaremos.

Inicialmente tido como a destruição de uma nação ou grupo étnico, não era pressuposto do crime o desaparecimento imediato da nação ou etnia⁴⁷, mas antes uma prática concertada com vista a atingir o essencial daquelas comunidades, visando os seus *pilares* fundamentais, provocando, quanto mais não fosse, o desaparecimento por *implosão*. São actos conduzidos e dirigidos directamente às características essenciais daquele grupo, ao grupo em si considerado, ainda que a indivíduos isolados e separadamente considerados.

Lemkin distinguia dois momentos, duas fases para a concretização do crime de genocídio: (1) a destruição, como vimos, da essência de determinados grupos – consideremos aqui a essência como um factor qualitativo, quantitativo, cultural, ideológico – (2) para, num segundo momento, impor ao que reste desse grupo, nação ou etnia, a cultura, tradição e o padrão do perpetrador genocida ou, tão somente, oferecer-lhes o fim que lhes terá sido projectado.

Muito embora esta construção conceptual do crime de genocídio não tenha acompanhado os Julgamentos de Nuremberga⁴⁸, nos quais foram acusados e condenados vários membros da organização estadual da Alemanha nazi pela comissão de Crimes Contra a Humanidade, por actos de homicídio, extermínio, escravatura, deportação e outros igualmente desumanos, ocorridos no período da Segunda Grande Guerra contra qualquer população civil, por motivos políticos,

⁴⁶ Um judeu de origem polaca nascido em 1900, ao qual se atribui a origem do nome “genocídio” como que em reacção às palavras proferidas por Winston Churchill. Não foi apenas o criador do termo, mas um dos grandes impulsionadores da sua tipificação, alerta e prevenção, junto das Nações Unidas, e junto dos Estados que subscreveram a Convenção de 1948.

⁴⁷ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, apud Claus Kress, *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide*, The European Journal of International Law Vol. 18 nº4, EJIL 2007, p.621

⁴⁸ Note-se que o Tribunal de Nuremberga puniu os condenados por crimes contra a Humanidade ou crimes de guerra.

raciais ou religiosos, na execução ou relacionados com a execução de outros crimes da jurisdição do Tribunal, tenham ocorrido em violação ou não do direito interno do país onde foram praticados⁴⁹. Muito embora o julgamento e condenação de actos de genocídio apenas terem sido concretizados alguns anos após os Julgamentos de Nuremberga, é inequívoco o valor e a experiência de que destes julgamentos se retiraram, que aqueles transmitiram à humanidade e, convenientemente, aos legisladores internacionais, sob a perspectiva futura de tipificação, tratamento, prevenção e julgamento de crimes internacionais.

Se o crime de genocídio, já praticado mas ainda sem condenações, sequer julgamentos, pior ainda: sem sequer ser definido, não tinha até então pronúncia, o seu conceito e a construção do seu tipo começam neste momento.

O genocídio é a negação do direito à existência de grupos humanos, na íntegra, tal qual o homicídio e a negação do direito à vida de seres humanos⁵⁰ e, como tal, uma enorme preocupação para os Estados civilizados e com princípios de Direito, que viriam, mais tarde e enquanto Nações Unidas, a promover uma detalhada definição e prevenção, de considerável riqueza técnica, do crime de genocídio, um crime contra o Direito das Nações⁵¹.

⁴⁹ vide Art.º 6.º do Estatuto do Tribunal de Nuremberga.

⁵⁰ Assembleia Geral das Nações Unidas, Res. 96 (I) de 1946.

⁵¹ William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 14.

2.2 A RESOLUÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O GENOCÍDIO E A CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO DE 1948

O esforço de Lemkin terá sido amplamente considerado pelos legisladores internacionais, muito embora a resolução tenha ficado aquém do pretendido pelo jurista polaco. De facto, são considerados actos criminosos de genocídio, *“qualquer conduta praticada em tempo de guerra ou de paz, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, através do homicídio de membros desse grupo, de comissão de ferimentos graves, tanto físicos como psicológicos a membros desse grupo, da sujeição deliberada de condições de vida que promovam o decréscimo da qualidade de vida física ou psicológica dos membros do grupo”*⁵² – a ponto de este se dissipar -, a imposição de medidas preventivas de natalidade, à transferência forçada de crianças de um grupo/comunidade para outro(s)”⁵³, muito embora não tenha sido, a este tempo, precisa a definição do conceito de “grupo”⁵⁴.

Terá, no entanto, sido quase inovador o entendimento e a previsão de que o Crime de Genocídio ocorre e deve ser punido, quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz. Esta foi também uma vitória de Lemkin, que acolheu grande consenso no quadro legislativo e preparativo da Convenção de 1948⁵⁵.

Além desta crítica, outras podem ser apontadas à Convenção, tais como a não inclusão de uma vertente cultural e outra política no conceito de genocídio^{56, 57}.

⁵² O que se crê resultar da experiência que a Humanidade observou com Adolf Otto Eichmann

⁵³ Artigo II da Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948.

⁵⁴ Que, veremos mais adiante, foi melhor precisada pelo Tribunal Internacional Penal para o Ruanda.

⁵⁵ Yavuz Aydin, *The Distinction between crimes against humanity and genocide focusing most particularly on the crime of persecution* – Directoria Geral para a UE e Ministro da Justiça Turco, p. 5.

⁵⁶ A responsabilidade da não inclusão, pela Convenção, de um *genocídio político* tende a ser atribuída à União Soviética, muito embora, como descreve William Schabas, não tenha sido bem assim, uma vez que os trabalhos preparatórios incluíram, até à última hora, esta intenção política de genocídio.

Com efeito, estes podem representar outros mecanismos, mais disseminados e até discretos de prosseguir e alcançar a destruição, no todo ou em parte, de um grupo, de uma etnia ou de uma nação, enfim, de genocídio⁵⁸.

Quanto ao sucesso da Convenção, dúvidas não podem subsistir relativamente ao bem jurídico protegido, já que o que se previne, prevenindo-se o genocídio, é o direito à existência de grupos, tanto na sua forma física e conjunta, como nas suas características de individualidade, autonomia, identidade e existência.

Ainda que possa parecer surpreendente, o cometimento do crime de genocídio não necessita de ser acompanhado pelo assassinato em massa de indivíduos de um grupo. Não necessita, sequer, de ser acompanhado por uma única morte. Como se conclui da leitura do Artigo II da Convenção, a sujeição dos indivíduos de um grupo a lesões e ferimentos, condições de vida desumanas ou a políticas de natalidade *zero* preenche o tipo jurídico-penal de crime de genocídio, muito embora alguns autores debatam a probabilidade de julgamento e condenação de agentes genocidas, sem verem verificadas acções que implicam a morte dos visados⁵⁹.

Contudo, e como já o vimos, o desaparecimento de um grupo não implica propriamente a morte às mãos dos tiranos: bastam, efectivamente, serem reprimidos a ponto de se afastarem entre si, de se separarem enquanto comunidade, entre si, de quebrarem o elo de ligação entre a existência física e a identidade da mesma, do seu passado e tradições, bem como impossibilitar que estes criem os seus próprios momentos reprodutivos para que uma comunidade, no tempo e com o tempo, venha a desaparecer.

⁵⁷ vide Steven R. Ratner e Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2.ª Ed. – Oxford University Press, 2001, p. 30 a 32.

⁵⁸ A este propósito, poderemos fazer alguma distinção entre as vertentes de genocídio? Haverá um genocídio político, social, cultural ou o mesmo apresenta-se imperativamente sem traços distintivos, cujos tentáculos atacam tudo quanto é necessário para o sucesso da intenção?

⁵⁹ A este preceito, refiram-se autores como L.J. van den Herik – *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, p.146.

2.3 ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Para percebermos o conceito de genocídio importa perceber a definição de grupo, que, com o tempo e com decisões judiciais e legislativas tem vindo a ser preenchida e concretizada, face à ocorrência, por vezes inovadora, de condutas que preenchem o tipo legal internacional que abordamos.

O que entendemos por grupo? De que modo este conceito se liga e revela na concepção do crime de genocídio? Que indivíduos integram um grupo? Quais as qualidades inerentes a cada grupo e que fazem dele isso mesmo, um grupo?

Em matérias e conceitos em que os legisladores que, se ocuparam da construção jurídica destes temas não foram capazes ou não tiveram o sucesso de uma melhor e maior concretização, os vários Tribunais Internacionais têm, de certa forma, colmatado as lacunas existentes⁶⁰. Qual o estágio actual em que nos encontramos e que caminho temos ainda para percorrer?

Não é uma novidade jurídica a necessidade de articulação e actualização interpretativa das normas jurídicas vigentes ao tempo e à sociedade, bem como às necessidades que se impõem num determinado momento.

Partindo da leitura do ERTPI no ano de 1998, prevê-se o crime de genocídio, à imagem e semelhança do que já havia sido previsto na Convenção de 1948. No artigo 6.º do ERTPI o texto normativo não se distingue, grosso modo, daquele a que anteriormente nos referimos. Há, no entanto, uma *ajuda* à análise, à interpretação e aplicação deste preceito legal internacional: *os elementos do crime*⁶¹.

⁶⁰ E bem, por forma a contrariar a tendência estática da edificação normativa de qualquer novo conceito legal.

⁶¹ Elements of Crimes.

2.4 DEFINIÇÃO DE GRUPO, ENQUANTO TAL

Dediquemo-nos, por agora, ao estudo de um “grupo enquanto tal”.)

No ERTPI, o termo “grupo” acarreta um significado cuja identificação é de importância maior para o nosso estudo. O grupo visado pelo comportamento genocida pode assumir distintas vertentes, mas deve – parece resultar da jurisprudência internacional – adquirir uma característica de *estabilidade* e de *permanência*, para que seja empiricamente identificado como tal.

Ainda, parece resultar da jurisprudência o requisito de aquisição de pertinência a um determinado grupo por *nascença*, o que, conforme discutiremos de seguida, não nos parece o único meio de aquisição do sentimento de pertença e ligação⁶².

Com efeito, cremos ter sido mais cautelosa a abordagem do Tribunal no CASO TADIC, \$70, ao referir que é “*mais adequado avaliar o estatuto de um grupo nacional, étnico ou rácico do ponto de vista daquelas pessoas que querem separar esse grupo do resto da comunidade (...)*” optando por avaliar “*a pertença a um grupo [...] recorrendo a um critério subjectivo*”, o da estigmatização⁶³.

Ora, o grupo que se pretende destruir deve ser encarado como tal. A prática de actos isolados e independentes de uma tal intenção de aniquilar um grupo, não se inscrevem no âmbito de considerações do genocídio. O *grupo* deve ser considerado enquanto entidade separada e distinta⁶⁴ e as suas características culturais, religiosas étnicas ou nacionais devem ser identificadas dentro do contexto sócio-histórico onde se inserem⁶⁵ ⁶⁶e até mesmo através da perspectiva externa de quem os observa.

⁶² vide CASO JELESIC

⁶³ De resto, reproduzida no CASO NIKOLIC

⁶⁴ CASO JELESIC

⁶⁵ vide CASO RADISLAV KRSTIC

⁶⁶ vide também o CASO BAGILISHEMA

A utilização da terminologia *enquanto tal* resulta da necessidade e conveniência de se dissiparem dúvidas quanto à motivação da conduta. O termo escolhido pela Convenção determina, concomitantemente, que todo o acto que se dirija ao grupo atinja um dos seus membros, um terço, metade, ou todo e obedeça a uma intenção específica, não impedindo a condenação por genocídio daqueles que são igualmente movidos por outras motivações, juridicamente irrelevantes neste contexto⁶⁷.

Um *grupo nacional* será composto por um conjunto de pessoas que partilham um vínculo jurídico assente numa cidadania comum, conjugada com a reciprocidade de direitos e deveres⁶⁸ ou ligadas por um sentimento de pertença comum, de identidade de raça, de religião, de linguagem ou de tradições comuns, nem sempre adquiridas pelo nascimento ou ao seu tempo. A inclusão de um indivíduo num grupo pode ter origem no matrimónio, na emigração ou estabelecimento sócio-económico desde muito jovem.

Por seu turno, um *grupo étnico* corresponde ao conjunto de pessoas que, em comunidade ou não, partilham dos mesmos costumes, tradições, língua ou cultura.

O requisito da *permanência e estabilidade* podem revelar, nalguns casos, alguma dificuldade. Noutra perspectiva, a etnia de um grupo não necessita de corresponder a um espaço geográfico⁶⁹. Não é, sequer, requisito que diferentes comunidades de uma mesma etnia sigam ou sejam orientadas por um *líder* comum. Efectivamente, resulta algo indiferente a inexistência de uma estrutura de poder ou de liderança, bastando, para tanto, a partilha de tradições, costumes ou cultura. Tomemos, de exemplo, a etnia cigana, dispersada um pouco por todo o mundo, com comunidades *fechadas*, mesmo entre si mas, concomitantemente *abertas e inseridas* na comunidade *dominante* do local onde se encontram instaladas. A simples ideia de perseguição à etnia cigana não pode ser desconsiderada, quando praticados actos descritos no artigo 6.º do ERTPI, independentemente de um comportamento visar apenas um específico grupo, seja por ser o único a marcar

⁶⁷ vide CASO NIYITEGEKA, AC, 2004

⁶⁸ CASO AKAYESU

⁶⁹ vide CASO IGNACE BAGILISHEMA

presença naquele Estado, seja porque os demais grupos de etnia cigana encontram-se geograficamente inacessíveis às medidas e políticas destrutivas.

Os *grupos rracicos* são compostos por indivíduos que, por hereditariedade, possuem as mesmas características físicas que, naturalmente, os distinguem de outros grupos, também eles rracicos. A História conta, não sendo escassos os casos de perseguição, tratamento discriminatório e mesmo actos genocidas por motivos raciais. Concretamente, como é do conhecimento comum, e muito embora não falemos por ventura em crime de genocídio, a história do Apartheid transmite assertivamente a difícil relação entre grupos rracicos e, obviamente, a difícil sobrevivência do grupo subordinado perante um grupo dominador.

A estrutura de *grupos religiosos* pode construir-se por nascimento ou conversão. O nascimento constitui a via normal de integração em grupos religiosos, muito embora, e, talvez sinais do tempo e da globalização, a conversão assume nos dias de hoje um papel inovador. Assim, constituem um grupo religioso os indivíduos que partilhem da mesma religião (fé), crença, confissão ou prática de um mesmo culto. Num debate que, em boa verdade não é o nosso, importa referir que os denominados ateus não estão incluídos neste grupo⁷⁰.

A enumeração dos grupos protegidos parece ser exaustiva, já que torna-se difícil constituir / nomear um grupo que não se insira em, - pelo menos de forma abrangente, - nalgum dos acima citados.

A pertença a um grupo por parte dos seus indivíduos revela-se, normalmente, através do nascimento e detém uma natureza estável e permanente. Não obstante, o simples facto de ter-se nascido inserido num determinado grupo não exclui a possibilidade de, no futuro, um indivíduo inscrever-se no âmbito de tutela de um outro grupo ou tipo de grupo. O nascimento deve ser acompanhado do crescimento e consciencialização que, naturalmente, vão reflectir os caracteres de estabilidade e permanência.

Por fim, as características que determinam a pertinência de indivíduos a certos grupos mostra-se objectiva ou subjectiva: (i) através da língua, dos costumes,

⁷⁰ Mas, então, em que grupo se inserem?

de crenças, cultura ou características físicas ou, respectivamente, (ii) pela percepção do próprio grupo e/ou de terceiros de que aquele indivíduo, indubitavelmente pertence àquele grupo.

Adiante, a enumeração estabelecida no artigo 6.º não se fecha em si mesma, i. e., não é taxativa.

2.4 *ACTUS REUS* – O Elemento Material do Crime de Genocídio

O contexto da prática de tais actos deve incluir os designados *actos preparatórios* que revelam amiúde a criação de um padrão de conduta. Ainda, a qualidade de *manifesto* [padrão] e *manifesta* [intenção], e tendo em conta o artigo 30.º do ERTPI, deve ter uma relevância e ser objecto de uma tal análise, para e em cada caso concreto, pelo que esta qualificação objectiva poderá levar a diferentes conclusões.

a) HOMICÍDIO DE MEMBROS DO GRUPO

O homicídio de membros do grupo – o *efeito morte* – não deve obedecer a um critério quantitativo. Este resultado, como já atrás mencionámos, não é sequer uma *conditio sine qua non* da qualificação de um acto enquanto genocida.

A prova dessa prática é facilitada com a comprovação de que, fruto de tais ataques, de tais políticas registam-se mortes no seio do grupo. Basta, portanto, verificar-se a morte de um indivíduo do grupo, nacional, étnico, racial ou religioso⁷¹, para que possamos perspectivar a ocorrência de um acto de genocídio.

⁷¹ Este critério estende-se a todos os actos passíveis de qualificação como actos de genocídio.

Cumulativamente, deve observar-se que a conduta ocorreu inserida no contexto de um manifesto padrão comportamental com a intenção de provocar a extinção do grupo.^{72 73 74}

b) OFENSAS GRAVES À INTEGRIDADE FÍSICA OU MENTAL DE MEMBROS DO GRUPO

As ofensas graves a que a alínea b) se refere podem incluir⁷⁵ actos como a tortura, violação e violência sexuais ou um desumano e degradante tratamento.

c) SUJEIÇÃO INTENCIONAL DO GRUPO A CONDIÇÕES DE VIDA COM O PROPÓSITO DE PROVOCAR A SUA DESTRUIÇÃO FÍSICA, TOTAL OU PARCIAL.

Um ou mais membros do grupo sujeitos a condições de vida, por imposição do perpetrador, com vista à sua destruição total ou parcial, que podem descrever-se, embora não seja pressuposto, à privação das liberdades e direitos civis mais básicos, à privação de recursos naturais essenciais à sobrevivência humana ou à expulsão sistemática de residências. Portanto, todo e qualquer acto que tenha por intenção a destruição do grupo e com o cunho do comportamento padronizado dirigido àquele grupo.

⁷² Artigo 6.º (a) Genocídio por Homicídio – Elementos do Crime.

⁷³ Também este um critério atomístico.

⁷⁴ E, novamente, característica comum a toda a forma de genocídio.

⁷⁵ Artigo 6.º (b) Genocídio por ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo – os elementos do crime referem que a sujeição a ofensas graves podem incluir mas sobretudo não é necessário que se restrinjam a actos desta natureza.

d) IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR NASCIMENTOS NO SEIO DO GRUPO

A imposição de medidas restritivas de natalidade no seio do grupo, com a inerente intenção de destruição daquele, inserida num comportamento *habitual* e padronizado. Resta-nos a reflexão sobre que medidas preventivas de natalidade do grupo visado constituem isso mesmo, ou seja, sendo certo que ocorrem-nos as mais variadas restrições à reprodução e nascimento dirigido à população de um grupo, não menos certo é que outras tantas medidas, por via *indirecta* podem fazê-lo com igual eficácia. Julgamos poder deparar-nos com uma proibição ou criminalização do casamento⁷⁶ entre membros de um grupo e indivíduos que não pertencem àquele. De facto, se na maioria das sociedades o casamento dará origem, invariavelmente a uma família e prol, com a proibição de casamento entre membros de um grupo étnico, racial ou outro, a descendência deverá ter tendência para decrescer a ponto de inexistir.

e) A TRANSFERÊNCIA FORÇADA DE CRIANÇAS DO GRUPO PARA OUTRO

A transferência forçada de crianças do grupo alvo para outro grupo, distinto, pode assumir contornos violentos, através do uso da força, de coacção, detenção física, abuso de poder ou opressão psicológica. Acreditamos que esta transferência pode também ter origem em medidas que, aparentemente, não se inscrevem no estereótipo violento da acção genocida: por exemplo, a política de distribuição de alunos no ensino primário ou preparatório, pode ser de tal forma adulterada que não só transfere, forçosamente, crianças do grupo visado como cria separação e distanciamento dentro deste, quebrando, assim, a tradicional proximidade, a transmissão cultural e educativa que, normalmente, ocorre no seu seio. Pode originar, por outra via, a impossibilidade de progressão educativa e

⁷⁶ O casamento e outras formas análogas de comunhão de vida.

académica das crianças do grupo visado e que, reflexamente, se manifestará, num futuro, na perspectiva profissional e logo, financeira. Obviamente, esta transferência terá que ser considerada a par de outros elementos qualificativos do genocídio, tal como a *intenção de destruir, no todo ou em parte*, bem como a *inserção da medida num comportamento-padrão levado a cabo com aquela intenção e com aquele objectivo*, dirigido a *membros do grupo*, com idade inferior a 18 anos.

Embora de maior dificuldade de prova, devemos estar preparados para, justamente, identificar ideologias com e para aquele fim, bem como contrariar a *especialização* e elaborada execução das medidas e planos genocidas.

Acrescem outros elementos constitutivos e que identificam e caracterizam o crime de genocídio: um elemento que se traduz em condutas que especificamente podem constituir actos de genocídio, como são o homicídio, a transferência forçada de crianças ou medidas destinadas a impedir nascimentos no seio de um grupo. Este é, portanto, um elemento *físico*, designado de *Actos Reus*.

Em sentido oposto, podemos identificar um elemento *mental*, que corresponde à intenção e conhecimento, designado de *Mens Rea*. Observemos ambos com maior pormenor:

2.5 MENS REA – O Elemento Intencional do Crime de Genocídio

A doutrina acolhe a percepção de que a intenção define o acto/crime de genocídio⁷⁷. A esta intenção deve somar-se uma de especial relevância⁷⁸, de procurar atingir o grupo, com este específico objectivo, dirigido aos seus membros, no seu todo ou em parte. Esta é, de resto, uma distinção relevante entre o Crime de Genocídio e os Crimes Contra a Humanidade. Parece-nos, à semelhança da alguma doutrina, que não carece de grande análise a distinção entre intenção e motivo, já

⁷⁷ John Quigley, *The Genocide Convention*, p. 91, referindo as considerações da Comissão de Direito Internacional apud William Schabas, *Genocide in International Law*, 2000

⁷⁸ Um *dolus specialis*.

que o compete ao Tribunal provar aquela primeira, bastando-se com a mesma. cremos que o determinar de uma motivação em concreto servirá, *apenas*, para determinar a gravidade da conduta, a forma como o acto foi perpetrado ou o modo como foi executado.

No que à intenção diz respeito, podemos aferir de dois graus: uma intenção específica, por ventura de prova mais árdua, mas que, acontecendo, deixa pouca margem para dúvidas quanto à consideração de um acto como genocida; e uma intenção genérica, de prova relativamente mais facilitada mas que por vezes não exclui alguma dúvida quanto à intenção do agente. Se, por um lado, a previsibilidade das consequências da conduta genocida estão directa e intimamente ligadas à comissão e planeamento do acto, levado a cabo com vista à sua verificação⁷⁹ – intenção específica –, por outro, o planeamento e execução de actos genocidas, não visando atingir certos resultados mas fazendo-o, torna censurável que o perpetrador não os tenha considerado e antecipado, já que seriam bastante prováveis.

O elemento mental no crime de genocídio, à falta de uma confissão expressa do perpetrador, pode afastar-se da realidade dos factos, se não puder ser retirado da conduta, da organização do acto e da execução do mesmo. Neste sentido, a jurisprudência internacional reclamou já a possibilidade de ser inferida a intenção, genérica ou específica, de comissão de um acto genocida, das circunstâncias que o revestiram⁸⁰. À semelhança do que sucede com o crime de perseguição, o crime de genocídio distingue-se pela verificação de um *dolus specialis*, que no entanto deve ter uma concepção maior e de maior gravidade, que naquele primeiro, aliado à intenção de destruir um grupo protegido.

Este elemento a considerar na determinação da responsabilidade penal internacional e mesmo na graduação da pena⁸¹, de tipo subjectivo, que supõe uma

⁷⁹ CASO JELISIC, Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia

⁸⁰ CASO AKAYESU, Tribunal Internacional para o Ruanda

⁸¹ A este propósito, verifique-se que este elemento subjectivo servirá para “*graduar a pena, em razão do grau de culpabilidade, tendo em atenção as diferentes intensidades com que certo facto criminoso é praticado...*”, in Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p.307.

dimensão psicológica, o ERTPI procedeu à elaboração dos “Elements of Crimes” ou elementos psicológicos dos crimes⁸².

De notar que acontecimentos naturais não preenchem o tipo legal de genocídio, pois este crime internacional exige uma *intenção*, uma manifestação de vontade, voluntária e humana ou, no mínimo, um conhecimento^{83 84}.

Não é, portanto, possível equacionar a hipótese de genocídio sem que, ainda antes dos elementos mencionados no capítulo inicial relativo ao Crime de Genocídio não se possa falar num dolo. A negligência parece estar excluída deste tipo legal de crime.

Não poderia ser de outro modo: “*a intenção de destruir*” a que o artigo 6.º do ERTPI se refere não é compatível com a mera culpa. Esta intenção especialmente desvaliosa transforma o crime de genocídio num dos mais graves crimes internacionais. Por seu turno, o artigo 30.º do ERTPI, reserva-se na previsão do *mens rea*, estabelecendo a suma importância da intenção e do conhecimento. No n.º 1 daquele preceito legal, fixa-se, *a contrario sensu*, que qualquer agente que cometa um acto que se inscreva num dos tipos de crime previstos no Estatuto, desde que com *vontade* de o cometer e *conhecimento dos seus elementos materiais*, será criminalmente responsável. O n.º 2 do supra mencionado artigo 30.º fixa o alcance do significado de *intenção / vontade*, enquanto o n.º 3 ocupa-se do entendimento a que a expressão *conhecimento* deve obedecer.

A prova de uma intenção poderá residir na existência de um plano para executar o acto. Muito embora nem a Convenção de 1948 nem o ERTPI exijam a existência de um plano ou de um ataque sistemático e generalizado^{85 86}, este será

⁸² William Schabas, *The Genocide in International Law*, p. 206 e 207.

⁸³ William Schabas, *The Genocide in International Law*, p. 206

⁸⁴ Servindo-nos da ideia de Lord Goddard, que W. Schabas reproduz na obra acima citada: “*The court should not find a man guilty of an offence against the criminal law unless he has a guilty mind.*”, *The Genocide in International Law*.

⁸⁵ À semelhança do que sucede com os Crimes Contra a Humanidade.

⁸⁶ Que, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia refere, nos CASOS KARADZIC e MLADIC e no CASO JELISIC: (1) uma política desta natureza deve existir para a comissão destes actos, muito embora não seja necessária que seja uma política estadual; (2) “*o alegado perpetrador deve ter cometido os seus crimes como parte de um plano mais alargado para destruir o grupo enquanto tal*”, embora fosse absolvido do crime de genocídio pela Câmara de 1.^a

um excelente meio de prova da intenção e do conhecimento dos elementos materiais.

Sucedem que o próprio Estatuto⁸⁷ parece sugerir a divisão do elemento *intencional* em dois subtipos: (i) um elemento volitivo, capaz de traduzir uma vontade, um querer⁸⁸, relativamente a um comportamento que um indivíduo se propõe a adoptar ou ao efeito da conduta, se estiver consciente de que o mesmo se produzirá, numa ordem natural dos acontecimentos; (ii) um elemento cognitivo, que *“implica a representação intelectual da conduta criminosa a ser praticada”*⁸⁹. Com efeito, o crime de genocídio, como já referimos, tende a assemelhar-se com o Crime de Perseguição, exclusivamente pelo seu carácter e intenção predominantemente discriminatórios⁹⁰.

Instância. E que o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda se escusou de aprofundar, condenando Akayesu, naquele seu julgamento, por crimes contra a humanidade e por crime de genocídio de algum modo previamente preparado, estudado e executado, segundo um plano.

⁸⁷ Nos artigos 29.º, n.º 3, primeira parte e 30.º, números 1 e 2.

⁸⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *ob. Cit.*, 2008, p. 291.; *apud* M. Cherif Bassiouni, *Introduction...*, p. 237, e Kai Ambos, Volume 91, nº 876, 2009, *International Review of The Red Cross*

⁸⁹ Citando Jorge Bacelar Gouveia, *ob. Cit.*, 2008, p. 291.

⁹⁰ Uma intenção especial ou específica: “[an] *extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group*”, Tribunal Penal Internacional, relativamente à aplicação da Convenção de 1948 (Bósnia-Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro, Julgamento, 26-02-2007, p.188).

3. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Renovando a afirmação acerca da dificuldade de imposição da jurisdição internacional sobre os Estados soberanos, compete discutir a relação entre o TPI e as ordens jurisdicionais nacionais.

Interessa saber qual a posição que o TPI assume perante a necessidade de investigar e julgar actos genocidas e, bem assim, não violar o princípio da não ingerência.

Resulta claro do artigo 1.º do ERTPI que a competência do Tribunal é complementar, não obstante o seu carácter permanente.

Sobre a benéfica adopção de uma tal relação, ao invés de uma de estilo concorrencial⁹¹, permitimo-nos citar quatro argumentos interessantes de JORGE BACELAR GOUVEIA:

“Este princípio de complementaridade funda-se em algumas justificações relevantes, simbolizando um importante compromisso desbloqueador da própria criação do TPI, princípio que assenta em quatro ordens de razão:

- uma razão de imediatividade processual: se os Estado são as primeiras entidades que podem julgar, isso representa uma vantagem em relação à possibilidade de ser o TPI a julgar, em primeira mão, devido à proximidade temporal, espacial e funcional das jurisdições estaduais por comparação com a jurisdição do TPI;

- uma razão de soberania estadual: esta solução, permitindo a intervenção do TPI, em última instância, tolhe ao mínimo a soberania estadual, esta assim não sendo, pura e simplesmente, deceptada da possibilidade de julgar os crimes internacionais;

⁹¹ Como sucedeu com os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda.

- *uma razão de operacionalidade processual: esta solução melhor equilibra uma distribuição de tarefas entre as jurisdições estaduais e a jurisdição do TPI, que não ficará assoberbado com todos os processos atinentes à prática de crimes internacionais;*

- *uma razão de compromisso político-internacional: o facto de as jurisdições estaduais igualmente perseguirem os crimes internacionais não afasta a consolidação do Direito Internacional Penal, que assim se representa, concomitantemente, como uma tarefa a cargo dos Estados.*”⁹²

Efectivamente, o argumento da *imediatividade processual* não pode ser negado: o TPI não detém capacidade para, de um modo geral, garantir a célere e eficaz actuação, quer no tempo e no espaço, quer a nível institucional, como o podem fazer os órgãos jurisdicionais e de polícia dos Estados.

Certamente que a subtracção da competência para preparar e julgar crimes de genocídio aos Estados não seria bem acolhida pela comunidade internacional⁹³.

Cremos que o terceiro argumento, relativo à operacionalidade processual não colhe o mesmo peso dos demais. Com efeito, o “assoberbar” do TPI que se julga evitar com o princípio da complementaridade, poderá ocorrer nos Tribunais Estaduais, que são competentes para dirimir estas e inúmeras outras causas, de natureza penal e não só, mesmo que relativamente aos mesmos factos⁹⁴.

Contudo, cremos que o melhor dos argumentos reside no quarto e último utilizado pelo Autor citado. É de suma relevância afirmar que, deste modo, os Estados assumem um compromisso de zelo e afirmação do Direito Internacional Penal, permitindo-lhes dirigir as várias fases do processo internacional penal⁹⁵, promover o mesmo o mais próximo possível dos cidadãos e aplicá-lo.

⁹² Vide, Jorge Bacelar Gouveia, ob. Cit. p. 332 a 333.

⁹³ Que oferece, naturalmente, enorme resistência aquando de abdicar de alguma da sua soberania.

⁹⁴ Naturalmente, da mesma conduta pode resultar uma responsabilidade penal e outra responsabilidade civil.

⁹⁵ A saber: (i) inquérito, (ii) instrução, (iii) julgamento, (iv) recurso e (v) execução da pena.

4. O CARÁCTER SUBSIDIÁRIO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Contudo, o ERTPI não exclui a possibilidade de chamar a si o poder de julgar casos em que haja sido cometido um acto de genocídio. É de enaltecer a previsão constante do artigo 17.º, pelo que podemos afirmar que ao TPI não bastou tipificar os designados *core crimes*, os seus elementos, a sua regulamentação processual e a competência para os julgar. Acautelando os riscos do princípio descrito na secção anterior, ao TPI não serve apenas assegurar a jurisdição nestas matérias, mas também concretizar as mesmas, em caso de inércia na administração da Justiça estadual⁹⁶.

Novamente utilizando uma fórmula na negativa, o ERTPI prevê a admissão de um caso objecto de inquérito se *o Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo (...) não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer*. Ainda, se *o Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa*⁹⁷ por falta de vontade de o fazer ou por incapacidade para promovê-lo. Se, numa terceira hipótese, o agente genocida tiver sido já condenado pela conduta a que se refere a denúncia, não podendo ser julgada nos termos do artigo 20.º do ERTPI. E, por último, se se verificar uma ausência de gravidade suficiente para justificar a *ulterior intervenção do Tribunal*.

São duas as mais relevantes razões que poderão fazer com que um caso seja preparado e julgado no TPI:

a) Num primeiro momento, o ERTPI acautela a possibilidade de um Estado colocar-se numa situação de tal inércia que, por falta de vontade ou interesse, não pretenda investigar, processar e punir o facto. Pretende-se evitar que,

⁹⁶ Sobre os riscos da competência complementar do TPI, ver *Juan Manuel Gramajo + Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa (VER BIBLIOGRAFIA DE BACELAR GOUVEIA)*

⁹⁷ O perpetrador do(s) acto(s) genocida(s).

por interesses contrários⁹⁸ aos da administração da Justiça Internacional, por exemplo, por meio de corrupção, o caso não conheça desenvolvimentos naturais, com vista à condenação, se a ela houver lugar. Tal facto desvirtuaria por inteiro todo o propósito do Estatuto e do Direito Internacional Penal, mantendo impune os agentes perpetradores de actos hediondos desta natureza. De resto, o número 2 do artigo 17.º aparenta exaustivo: (a) se o processo tiver sido instaurado, estar pendente ou a decisão ter sido proferida com o propósito de subtrair a pessoa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; (b) se se verificar uma demora injustificada no processamento, incompatível com a intenção de se fazer responder a pessoa perante a justiça; e (c) se o processo não tiver sido instaurado ou não estiver a ser conduzido com a diligência natural, independente e imparcial.

b) Em alternativa, o TPI admitirá o caso sempre que o Estado com jurisdição for incapaz de preparar, processar e punir. Deste modo, o ERTPI previu situações de ruptura do sistema judicial, por razões de índole financeira, política ou social que se verifiquem naquele Estado. Supondo que, num momento em que seria levado a julgamento um agente perpetrador de um crime de genocídio, o Estado competente para fazê-lo está na iminência de sofrer uma guerra civil, apartando todos os recursos do mesmo para a resolução deste seu conflito interno, deixando para segundo plano o julgamento de actos passados.

⁹⁸ Jorge Bacelar Gouveia, ob. Cit., p. 337

RESUMO CRÍTICO

Com estas considerações esperamos ter conseguido transmitir várias ideias positivas relativas ao Direito Internacional e à forma como este tem vindo a expressar-se nas últimas décadas.

Cremos que a evolução é positiva, uma vez que a comunidade internacional tem sentido necessidade de melhorar os mecanismos jurídico-penais internacionais, por forma a proteger a Humanidade. Não só tem vindo a desenvolver mecanismos como tem-no feito positiva e correctamente.

No que às considerações teóricas que abordámos diz respeito, aceitamos que não está isenta de críticas e que constitua fonte de debate a consideração do costume internacional como fonte de Direito Internacional Penal. A legislação é algo omissa nesse capítulo, muito embora tomamos por adquirida a necessária reserva subsidiária que o Direito Internacional Público detém sobre o Direito Internacional Penal. Isto fica demonstrado tanto na prática, através da jurisprudência, como no plano legislativo, com a remissão expressa do artigo 21.º do ERTPI para o artigo 38.º do ETIJ.

Partindo deste critério, não será difícil descortinar no Costume Internacional um princípio de legalidade, pois tendo força de lei, tipifica um *standard* de criminalidade relativamente a uma conduta. Em certos momentos, o julgador internacional terá tido cautela em afirmá-lo, embora o seu reconhecimento pareça ser, hoje, muito mais abrangente, assumindo-se na forma de *nulla poena sine lege* e *nulla poena sine crimen*.

Relacionado com os 2 primeiros capítulos está o Direito Internacional Humanitário que se comportará quase como um Direito Constitucional Internacional e Humanitário, no sentido em que confere exigibilidade e tutela quanto ao Homem, censurando a prática de actos que manifestamente este ramo de Direito. O valor da acção homicídio integra a consciência do agente, a menos que dele não se espere ter capacidade plena, para contextualizar os seus actos e o seu significado.

No Crime de Genocídio, a capacidade de um indivíduo atribuir a um acto que se inscreva no escopo de aplicação do artigo 6.º, reside, em grande escala, na intenção especial de o perpetrar. A capacidade de antecipar as consequências que naturalmente resultarão da execução de actos genocidas permite estabelecer uma vontade bem construída com vista à obtenção daquele resultado. Este crime internacional é manifestamente autónomo e independente de outros crimes internacionais, nomeadamente da categoria dos Crimes Contra a Humanidade, pelo modo como o legislador o prevê e o tipifica, ao estabelecer: (a) critérios únicos para o seu preenchimento legal, (b) uma necessidade probatória distinta, na medida em que a especial intenção⁹⁹ está relacionada com elementos materiais / objectivos e elementos psicológicos / subjectivos do crime¹⁰⁰.

Contudo julgamos que a evolução legislativa deste tipo legal de crime internacional não está isenta de críticas. Como vimos, não se compreende a não previsão por parte da Convenção de 1948 e do próprio ERTPI da tutela de grupos políticos, ou, por outra, da prevenção de um genocídio político e cultural, a acrescentar aos quatro grupos protegidos¹⁰¹.

Por outro lado, não temos dúvidas de que a comunidade internacional despertará para a necessidade de ampliar e actualizar o âmbito da Convenção e do ERTPI e o conceito de grupo neles estabelecido, por força de um impacto

⁹⁹ O *Dolus Specialis*.

¹⁰⁰ Respectivamente, o "*Actus Reus*" e o "*Mens Rea*".

¹⁰¹ Grupo Rácico, Étnico, Religioso e Nacional.

tecnológico, cada vez mais ameaçador das comunidades. Poderemos pensar num genocídio ecológico?

Não obstante as críticas que possam ser apontadas aos instrumentos acima citados, por não terem ido tão longe quanto poderiam, é inegável o contributo dos mesmos para a afirmação da Justiça e Comunidade Internacionais.

Sentida a necessidade da criação de Tribunais especializados para julgar os acontecimentos do Ruanda e da antiga Jugoslávia, e mais tarde a criação de um Tribunal Penal Internacional, com carácter permanente, com competências para julgar algum dos actos previstos no artigo 5.º do seu Estatuto, ainda que de modo complementar e subsidiário, constitui uma enorme e louvável manifestação de vontade da comunidade internacional em punir e reprimir a prática de actos contrários à Humanidade.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS E ARTIGOS

AYDIN, Yavuz, *The Distinction between crimes against humanity and genocide focusing most particularly on the crime of persecution* – Directoria Geral para a União Europeia e Ministro da Justiça Turco e Juiz

http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/Genocide_Crimes.pdf

CASSESE, Antonio; *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003

CASSESE, Antonio; *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia* – EJIL, Vol.18, nº4 649-668, 2007

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L., *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, 2009, Almedina

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmática-Crítica*, 2008, Almedina

JONES, Adam, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge, 2010

KOWALSKI, Mateus e **SOARES**, Miguel, *Enciclopédia de Direito Internacional*, Coordenação de Manuel de Almeida Ribeiro, Francisco Pereira Coutinho e Isabel Cabrita, 2011, Almedina

KREß, Claus, *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide*, The European Journal of International Law Vol. 18 nº4, EJIL, 2007

PEREIRA, André Gonçalves, **QUADROS**, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público* – 3.ª Edição, Almedina, 2005

RATNER, Steven R. e **ABRAMS**, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2.ª Ed. – Oxford University Press, 2001

SCHABAS William A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000

What is *Genocide*? http://www.ushmm.org/genocide/take_action/genocide

LEGISLAÇÃO

Parecer Consultivo de 28 de Maio de 1951 do Tribunal Internacional de Justiça
Código Penal e de Processo Penal Português

Convenção de 1948

Estatuto de Roma ERTPI

Estatuto Tribunal Internacional de Justiça

Elementos dos Crimes

Carta Universal dos Direitos do Homem

Convenção Europeia dos Direitos do Homem